Die Wirksamkeit des pactum de non cedendo.

Inaugural-Dissertation.

Verfasst

und der hohen Juristischen Fakultät

der

Königlichen Universität Erlangen

zur

Erlangung der Doctorwürde

in der

Jurisprudenz

vorgelegt von

Ernst Schlesinger,

Kammergerichts-Referendar

aus Ober-Glogau.

Februar 1892.

BERLIN.

Albert Friedländer's Druckerei.

1892.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535708_0140

Meinen lieben Eltern

in steter Dankbarkeit und Verehrung gewidmet.

Literatur.

Attenhofer: Der Gegenstand der Cession etc. Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. V, N. F. Basel 1886.

Bähr: Zur Cessionslehre. Jahrbuch für Dogmatik, Band I.

Brunner: Die Rectapapiere. Endemann's Handbuch des Handelsrechts, II. Leipzig 1884.

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preuss. Privatrechts. Berlin 1887.

Ihering: Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. Jahrb. f. Dogm., Bd. XXIII.

Mühlenbruch: Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald 1836.

Regelsberger: Beiträge zur Lehre von der Cession. Archiv für civ. Praxis, Band LXIII.

Schmid: Die Grundlehren der Cession II. Braunschweig 1866.

Seuffert: Wirkungen vertragsmässiger Cessionsverbote. Arch. f. civ. Praxis, Band LI.

Sintenis: Das pract. gem. Civilrecht II. Leipzig 1868.

Stegemann: Das pactum de non cedendo im Archiv f. civ. Praxis, Bd. LXVII.

Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.

Willmowsky u. Levy: Civilprozessordnung mit Kommentar. Berlin 1889.

Windscheid: Activ des römischen Civilrechts. Düsseldorf 1856.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. XVII. Berlin 1873.

§ 1. Eine Reihe von Cessionsbeschränkungen gehen aus der Natur der Sache selbst, aus der Beschaffenheit der Forderungen hervor.

So sind Societäts- und Mandatsverhältnisse uncessibel, da sich diese auf persönliche Rücksichten, auf gegenseitiges Vertrauen gründen, ferner solche Obligationen, deren Inhalt sich durch Leistung an einen andern, als den ursprünglichen Gläubiger verändern würde, z. B. aus Alimenten- und Leibrentenverträgen, sowie aus Dienstleistungen (l. 9. § 1 D. de oper. libert. 38,1); sodann Forderungen, deren Geltendmachung notwendig eine besondere, nicht übertragbare Eigenschaft in der Person des Gläubigers voraussetzen, zu denen Mühlenbruch (S. 328) vornehmlich die Retraktsklagen zählt. Endlich sind auch Forderungen nicht übertragbar, die ihrem Entstehungsgrunde nach keine Vermögensrechte sind, wie Popularklagen, die actiones vindictam spirantes u. a.

I.

§ 2. Im modernen Rechtsverkehr kommt es nicht selten vor, dass auch anderen, als den erwähnten Forderungen durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner die Eigenschaft benommen wird, auf andere übertragen zu werden. Der Schuldner erklärt nämlich bei Begründung der Forderung, nur seines ursprünglichen, bestimmten Gläubigers Schuldner sein zu wollen, jedem Cessionar aber die Leistung zu verweigern, während der Gläubiger seinerseits verspricht, die Forderung nie cedieren zu wollen. Häufig werden die Mitglieder einer Versicherungsgesellschaft laut Statut derart in

der Uebertragung von Forderungen aus dem Vertrage beschränkt, dass sie dieselben nur einem bestimmten Kreise von Personen z. B. den Versicherungsnehmern cedieren können.

Es fragt sich nun, inwieweit ein pactum de non cedendo wirksam sei, wenn der Gläubiger ohne Rücksicht auf den Vertrag die Cession vorgenommen hat. Besteht eine solche Cession zu Recht oder kann der Schuldner mit Berufung auf sein Uebereinkommen mit seinem Gläubiger dem Cessionar die Leistung verweigern?

Die Beantwortung der Frage, ob eine Cession ohne Wissen, ja gegen den Willen des Schuldners mit Erfolg vollzogen werden dürfe, haben die römischen Quellen [1]) in bejahendem Sinne erteilt, hinsichtlich der oben aufgeworfenen Frage schweigen sie doch gänzlich.

Eine Erklärung hierfür dürfte die geschichtliche Entwicklung der Cession im römischen Recht bieten.

Nach altrömischem Recht bildete die obligatio [2]) ein persönliches Band zwischen einem bestimmten Gläubiger und seinem Schuldner. Die alte Forderung durch Vertrag auf einen neuen Gläubiger zu übertragen, war juristisch unmöglich. Man half sich, um die ökonomische Wirkung der heutigen Cession herbeizuführen, auf eine doppelte Weise. Es wurde durch Vertrag mit dem Schuldner unter Aufhebung der alten Forderung eine neue für einen anderen Gläubiger geschaffen, an den zu leisten der Schuldner dem bisherigen Gläubiger versprach (Delegation). Die Uebertragung war also hier von der Zustimmung, ja sogar von der Mitwirkung des Schuldners abhängig.

Das Bestreben, diese zu erübrigen, führte zur zweiten Stufe der Entwicklung, zur Verwendung des Einziehungsmandats als Uebertragungsform. Der Gläubiger gab einem

---

[1]) l. 1 C. de nov. $8_{,42}$ — l. 3 C. de her. vel. act. $4_{,39}$ — — nominis autem venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet. Diese lex will Schmid (S. 394) für das pactum de non cedendo gelten lassen, obgleich sie mit keinem Worte das Bestehen eines solchen pactum voraussetzt.

[2]) pr. J. de obl. $3_{,13}$ Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.

Bevollmächtigten (procurator) den Auftrag, die Forderung einzukassiren und im Notfalle einzuklagen (mandatum ad agendum). Dieser machte nunmehr die Forderung auf den Namen des Gläubigers, jedoch zu seinem Vorteile geltend. Dieses Verhältniss wurde zunächst, insbesondere was die freie Widerruflichkeit betrifft, ganz nach den Grundsätzen des Mandats behandelt. Die allmähliche Befreiung von denselben führte endlich zu dem Institute, wie es uns in der späteren Entwicklung namentlich in der Justinianischen Gesetzessammlung als Cession entgegentritt.

Im älteren römischen Rechte konnte demnach die Frage nach der Wirkung des Cessionsverbotes nicht praktisch werden, weil es keine Cession im eigentlichen Sinne gab und die beiden Surrogate derselben, die delegatio und mandatum ad agendum ihrem Wesen nach mit einem Analogon des Cessionsverbots in Widerspruch stehen; die Delegation konnte ja nur durch Mitwirkung des Schuldners geschehen, während bei dem Einziehungsmandat eine Uebertragung der Forderung garnicht stattfand. Als sich jedoch die Cession zum heutigen Institute herangebildet hatte, das dem neuen Gläubiger die alte Forderung mit allen Accessorien als selbständiges Recht übertrug, konnte es im Interesse des Schuldners liegen, durch ein pactum de non cedendo mit seinem Gläubiger jede Veränderung seiner Lage auszuschliessen.

Ebensowenig wie in den Quellen wurde die Frage nach der Wirksamkeit des Cessionsverbotes in der Doctrin erörtert. Erst nachdem sie in einem Erk. des O. A. G. zu Lübeck vom 29. Nov. 1834 behandelt war, wurde sie Gegenstand wissenschaftlicher [1]) Erörterung. In Ermangelung positiver Vorschriften in den Quellen suchten die einzelnen Schriftsteller die Frage durch allgemeine Rechtssätze und durch Uebertragen analoger Rechtsverhältnisse zu lösen, wodurch eine reiche Casuistik hervorgerufen wurde.

---

[1]) Zuerst hat Sintenis in der I. Aufl. seines Civilrechts die Frage nach der Wirksamkeit des benannten pactum aufgeworfen, die erst Seuffert im Arch. f. civ. Pr. B. 51 (1863) zum Gegenstande einer eingehenden Besprechung machte. Die früheren Werke über Cession (z. B. von Mühlen-

Für Giltigkeit der dem Verbote zuwider vorgenommenen Cession sprachen sich aus: Seuffert, Schmid, Förster, eine Reihe von Erkenntnissen oberster Gerichtshöfe, sowie in neuester Zeit der Entwurf eines neuen Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, während Sintenis, Windscheid, Dernburg, Brunner, Stegemann die volle Wirksamkeit des pactum de non cedendo verteidigen.

In wie weit ein Verbot der Cession bei Begründung der Forderung wirksam ist, soll im folgenden erörtert werden.

II.

§ 3. Zu Unrecht hat man für die Verneinung der Frage, ob die Cession bei Vorhandensein eines Cessionsverbotes zu Kraft bestehe, geltend gemacht, dass durch die Veränderung der Person des Gläubigers auch die Leistung verändert würde und für den Schuldner erschwert werden könne, [1]) und dass dieser vielen Eventualitäten ausgesetzt sei, denen er grade durch jenes pactum vorbeugen wollte.

Bevor wir diese und ähnliche Einwendungen einer genauen Prüfung unterwerfen, um festzustellen, ob thatsächlich die Lage des Schuldners verschlechtert werde, ist zunächst daran zu erinnern, dass die ganze Lehre von der Cession von dem überall zum Ausdruck kommenden Gedanken beherrscht wird, dass die Lage des Schuldners durch die Cession nicht verschlechtert werden solle. [2]) Aus diesem Gesichtspunkte allein resultirt ja eine Reihe von gesetzlichen Cessionsverboten, wie z. B. der cessio in potentiorem. Würde also das Recht in einem Wechsel der Person des Gläubigers eine Verschlechterung der Lage des Schuldners sehen, so würde das Wesen der Cession mit ihrem obersten Grundsatze in Widerspruch stehen.

---

bruch) sowie viele spätere Pandektenlehrbücher unterlassen es, zu dieser Frage, trotz ihrer praktischen Bedeutung, Stellung zu nehmen.

[1]) Der Gläubiger kann nicht als berechtigt gelten, den Schuldner durch Cession zu einer anderen als der vom Schuldner übernommenen Leistung zu verpflichten. Erk. d. O. A. G. zu Celle. Seuff. Arch. 36 $_{146}$.

[2]) So auch A. L. R. I. 11 § 408: „Ueberhaupt darf die Verpflichtung des Schuldners durch die Abtretung des Rechts an einen Anderen niemals erschwert werden.

Dass die Lage des Schuldners durch eine Cession verschlechtert werde, muss bestritten werden. „Warum soll es denn anders sein, wenn der Schuldner verpflichtet wird, statt an A. an B. zu leisten?“ fragt Windscheid (Pand. § 329,10) mit vollem Recht. Wenig fällt dagegen ins Gewicht, dass der Schuldner genötigt sei, die Legitimation des Cessionars zu prüfen und dass, wenn er auf Grund einer unechten Cessionsurkunde gezahlt hat, er durch die bona fide geleistete Zahlung nicht befreit werde. [1]) Denn stets wird ein sorgfältiger Schuldner die Legitimation des Cessionars prüfen und verlangen, dass ihm das Cessionsinstrument vorgezeigt und ausgehändigt werde, so dass er selten in die Gefahr kommen dürfte, eine doppelte Zahlung zu leisten. Schliesslich kann er ja vor erfolgter Denunziation jedwede Zahlung verweigern oder das Geld, wofern er sich dem Cessionar gegenüber freimachen will, gerichtlich deponieren.

Möglich ist immerhin, dass der Cessionar die Forderung hartnäckiger und rücksichtsloser eintreibt, als der frühere Gläubiger; allein hiermit thut er doch nur etwas, wozu der Cedent ebenfalls jederzeit berechtigt war. Gefährdungen der letztgedachten Art ist übrigens jeder Schuldner ausgesetzt, dessen Gläubiger stirbt. Hat dieser aber dem Schuldner besonders leichte und günstige Zahlungsbedingungen gestellt, so geht ja die Forderung mit diesen Bedingungen behaftet, auf den Cessionar über.

Selbst aus dem Bedenken, dass der Schuldner, der durch das Cessionsverbot hauptsächlich verhindern wollte, dass die Existenz einer solchen Forderung bekannt werde, durch eine dennoch erfolgte Abtretung in seinem Credit geschädigt werde, [2]) kann ein Grund für die Nichtübertragbarkeit der Forderung keineswegs abgeleitet werden, weil hierbei nie die rechtliche Lage eines Schuldners berührt wird. Uebrigens unterliegt er dieser Gefährdung seines Credites auch dann, wenn der Gläubiger zur Umgehung des geschlossenen Vertrages die

---

[1]) cfr. Brunner: Endem. Handb. d. H. R. II. S. 179 und Entsch. des R. O. H. G. Band II. S. 306.

[2]) „Solche Rücksichten für den Schuldner würden zur Folge haben, dass für das Institut der Cession in unserem Rechtsleben kein Raum mehr wäre“ Attenhofer l. c. Band V. S. 278.

Forderung einem Dritten in Form einer Anweisung zur Einziehung überträgt.

Eine Verschlechterung der Lage des Schuldners würde eintreten und ihn zur Durchführung seines mit dem Cedenten geschlossenen Vertrages berechtigen, wenn ihm auch nur eine der ihm gegen den Gläubiger zustehenden Einreden dem Cessionar gegenüber versagt sein würde. Nun steht es gemeinwie partikularrechtlich [1]) fest, dass der Schuldner alle Einreden, die ihm bis zur erfolgten Denunziation gegen den Gläubiger, sei es gegen dessen Person oder gegen die Forderung selbst zustehen, auch gegen den Cessionar in derselben Weise geltend machen darf.

Gemeinrechtlich fehlen allerdings dafür Quellenzeugnisse, doch werden diesen Satz besonders diejenigen vertreten müssen, die in dem Cessionar nur den Ausüber eines fremden Rechts erblicken, weil diesem nur ein fremdes Recht, mit allen Einreden, selbst den höchstpersönlichen behaftet, überkommen ist und er nicht mehr Recht für sich in Anspruch nehmen darf, als der, aus dessen Recht er klagt. Auf diesem Standpunkte steht besonders Franke (S. 418/419) in Uebereinstimmung mit der von ihm citierten Glosse ad l. 4 § 28 ad. voc. exc. und mit der Ansicht der Postglossatoren; ihm hat sich unter Anderen auch Mühlenbruch (S. 599) angeschlossen, der vordem die exceptio aus dem pactum de non petendo in personam als eine höchstpersönliche dem Schuldner nicht zugestehen wollte.

Aber auch diejenigen, welche dem Cessionar, wie hier geschehen, ein selbständiges Forderungsrecht einräumen, müssen den Uebergang aller Einreden zugestehen, da der Cedent nicht mehr Recht, als er hatte, übertragen, [2]) also die Lage des Cessionars auch nicht verbessern konnte. Auf den

---

[1]) A. L. R. I. 11 § 407: „Der Schuldner einer cedierten Post kann alle Einwendungen und Gegenforderungen, die er gegen den Cedenten rügen konnte, auch dem Cessionar entgegensetzen.

Sächs. Bürgerl. Gsb. § 975: „Der Schuldner kann alle ihm gegen den abtretenden Gl. zustehenden Einwendungen, deren thatsächlicher Grund z. Z. der Abtretung vorhanden waren, auch dem neuen Gl. entgegensetzen.

[2]) Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet. l. 54 D. de reg. 50_{17}.

Streit, ob von diesem Standpunkte aus dem Schuldner wenigstens die persönlichen Einreden gegen den Cessionar zu verweigern sind, einzugehen, liegt nicht in dem Rahmen unserer Aufgabe. Mit einigem Grunde wird es nur noch von der Einrede aus dem s. g. beneficium der Kompetenz behauptet, weil diesem ein ganz besonders persönliches Verhältnis zu Grunde liege und schliesslich die Einrede nicht gegen die Forderung selbst, sondern gegen die Execution gerichtet sei.[1]) Nun sprechen sich allerdings die Quellen[2]) dahin aus, dass die Kompetenzeinrede als eine „personae cohaerens" zwar dem Schuldner, nicht aber dessen Bürgen zukomme, nirgends aber finden wir einen Anhalt dafür, dass benannte Einrede nicht auch dem Cessionar gegenüber in derselben Weise, wie gegen den Cedenten Platz greifen könne. Ja, dies scheint sogar aus „inneren Gründen" geradezu geboten, wie Dernburg (Pand II. S. 138 Anm. 7) mit Recht hervorhebt, „weil sie sonst ihrem Zwecke zuwiderliefe."

Aus vorstehenden Erörterungen ergiebt sich, dass das Argument, die Lage des Schuldners verschlechtere sich durch eine gegen die Vereinbarung vorgenommene Cession, nicht durchgreifend ist.

III.

§ 4. Zahlreiche Gründe sprechen für die Unwirksamkeit eines pactum de non cedendo und nicht zum wenigsten solche, die aus wirtschaftlichen und Verkehrsinteressen resultiren. Zunächst würde, wenn wirklich das pactum de non cedendo zur Nichtigkeit der vorgenommenen Cession führen sollte, der Erwerber der Forderung schwer geschädigt und somit auch durch eine allgemeine Rechtsunsicherheit der Handel mit For-

[1]) cfr. Windscheid actio. l. c. S. 183. Pand. § 332 Anm. 2. Mühlenbruch l. c. S. 591. Anm. 133a. Für den Fall übrigens, dass die Cession zur Umgehung dieser Einrede, zur Benachteiligung des Schuldners vorgenommen sei, will Windscheid die „Cession als nicht geschehen" behandelt wissen.

[2]) Paulus l. 7 pr. D. de exc. 44,1: Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt *ad* alios, veluti ea quam socius habet exceptionem, quod facere possit, vel parens patronusve non competit fidejussori.

derungen nur gehemmt werden. Denn der Cessionar, der im guten Glauben, ohne Kenntniss vom Cessionsverbote, die Forderung erworben hat, und der sie gegen den Cessus geltend macht, würde bei Weigerung der Leistung seitens des Schuldners diesem gegenüber machtlos dastehn, dem Cedenten gegenüber, der gewöhnlich nur in der Notlage gegen das Verbot handelt, wird er sich in seltenen Fällen schadlos halten können. Wird aber erst ein so bedenkliches Misstrauen gegen die Uebernahme von Forderungen hervorgerufen, so kann das öffentliche Interesse durchaus nicht gefördert, vielmehr der nationale Wohlstand dadurch, dass es möglich ist, eine Reihe von Vermögensobjekten durch einen Vertrag dem Verkehr zu entziehen, erschüttert werden.

In gerechter Würdigung dieser Thatsachen ist es das Bestreben der modernen Gesetzgebung, namentlich auf dem Gebiete des Handelsrechts, alle Schranken eines freien und sicheren Umlaufs von Gütern zu beseitigen und den Erwerber, sofern er in Unkenntniss etwa bestehender Belastungen und Beschränkungen solche Güter erwirbt, wirksam zu schützen. So lässt z. B. das Handelsrecht (H. G. B. Art. 306/7) den „redlichen Erwerber Eigentum erlangen, auch wenn der Veräusserer nicht Eigentümer war", bei Papieren auf den Inhaber ganz unbeschränkt, bei sonstigen Waren unter gewissen Voraussetzungen. Wenn diese Bestimmungen auch indirekt dem unrechtmässigen Besitzer nützen, — die Rechtsordnung hat dies freilich nicht beabsichtigt, sondern nur zur Sicherung des Verkehrs den redlichen Erwerber schützen wollen. Dasselbe Motiv hat wohl auch schon das römische Recht dazu geführt, die gegen das pactum de non alienando vorgenommene Veräusserung einer Mobilie anzuerkennen und das daraus erworbene Eigentum zu schützen. Mehr noch als in sachenrechtlicher Beziehung muss dem Vermögen in Gestalt von Forderungen ein freier, ungehemmter Verkehr gesichert werden. Und grade in unserer Zeit, in welcher der Handel mit Forderungen, die beweglicher als Sachgüter sind, an Bedeutung gewonnen hat, ist ein Cessionsverbot lästig und unverträglich mit dem privaten und Gesamtinteresse.

„Im obervormundschaftlichen Interesse für den Verkehr",

um uns eines treffenden Ausdrucks von Ihering[1]) zu bedienen, hat denn auch der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich den Willen[2]) der einzelnen Contrahenten zu Gunsten eines Dritten beschränkt, indem er (§ 295 Abs. 2) den Satz aufnahm:

„Durch Rechtsgeschäfte kann die Uebertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte nicht ausgeschlossen werden."

Zur Festsetzung dieses Rechtssatzes führte — nach den Motiven (S. 123) — ganz besonders folgende Erwägung:

Würde nämlich dem Cedenten durch das pactum die wirksame Uebertragung seiner Forderung benommen, die letzte also eng an seine Person gebunden sein, so würde auch den Gläubigern des Cedenten die Möglichkeit fehlen, sich aus dieser Forderung durch Pfändung und gerichtliche Ueberweisung Befriedigung zu suchen. Ein Vermögensobjekt des Cedenten, das an sich zur Befriedigung der Gläubiger geeignet wäre, würde denselben entzogen werden, und das Recht selbst würde dem Schuldner in seinem Bestreben, die Gläubiger zu hintergehen, den Weg bahnen.

Man darf zur Entkräftigung dieses Grundes nicht einwenden, dass durch die Beschränkung des Cedenten in der freiwilligen Verfügung über die Forderung eine zwangsweise Ueberweisung derselben noch nicht ausgeschlossen sei, dass vielmehr die gepfändete Forderung nach Massgabe des § 736 Abs. 1 der C. P. O. den Gläubigern des Cedenten zur Einziehung überwiesen werden könne.

Allerdings ist im § 749 der C. P. O., der sonst den Kreis der nicht pfändbaren Forderungen genau fixirt, der Fall, dass dem Schuldner die Verfügung über seine Forderung durch

---

[1]) Ihering (S. 530 l. c.) tritt gerade in dem bekannten Streit über die Uebertragbarkeit der Retourbillets dafür ein, dass das objektive Recht dem Parteiwillen Grenzen setzen müsse, „um der Ausnützung der Abhängigkeit, der Notlage der einen Partei durch die andere, der kontraktlichen Erpressung vorzubeugen".

[2]) Die Privatautonomie vermag ein im Gesetz nicht besonders anerkanntes dringliches oder gegen Dritte wirksames Recht nicht zu schaffen. (Motive S. 122).

Privatvereinbarung entzogen ist, nicht vorgesehen, aber aus dem Schweigen durch ein argumentum e contrario die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung in eine nich cessible Forderung herzuleiten, wäre bedenklich, da die Fälle des § 749 die an sich freie Verfügungsfähigkeit des Schuldners über die Forderung voraussetzen. [1])

Das Cessionsverbot enthält zugleich ein Verpfändungsverbot, da ja auch die Verpfändung eventuell zur Geltendmachung der Forderung durch einen Anderen führt. Ist der Cedent also in der Verpfändung seiner Forderung beschränkt, so ist dieselbe auch kein für die Pfändung geeigneter Gegenstand. Denn gepfändet werden kann nur eine Forderung, an welcher der Schuldner selbst ein Pfandrecht mit rechtlicher Wirkung bestellen kann; andernfalls darf die Forderung nicht zu seinem freien, der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen gerechnet werden.

So hat sich auch das Reichsgericht [2]) in einem analogen Falle, in welchem ein Erblasser die Gläubiger seiner Erben von der Befriedigung aus dem Nachlasse ausgeschlossen hatte, dahin ausgesprochen „dass eine Ausschliessung der Gläubiger von der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung insoweit wirksam erfolgen könne, als der Schuldner selbst in der Verfügung der in Frage stehenden Einkünfte beschränkt sei.“ Ebenso schliesst der Entwurf (§ 296 Abs. 2) ausdrücklich die Pfändung nicht übertragbarer Forderungen aus.

Im Interesse der bedrohten Gläubiger des Cedenten wird daher nur die Ungiltigkeit des Cessionsverbotes verteidigt werden können, zumal auch die sonst den Gläubigern zur Seite stehende actio Pauliana nur bei nachweislichem Betruge seitens des Schuldners zur Anwendung kommen könnte.

§ 5. Bisher ist dargethan worden, dass das praktische Bedürfnis die Unwirksamkeit des pactum de non cedendo dem Cessionar gegenüber erfordert. Dieses Resultat steht aber, was beim Fehlen direkter Quellenzeugnisse ins Gewicht fällt, mit anderen Grundsätzen des römischen Rechts durchaus im Einklang.

---

[1]) cfr. Wilmowski u. Levy l. c. S. 968 Anm. 1 Abs. 2.

[2]) Erk. v. 3. Dez. 1885 Band XIV. S. 281.

Naheliegend ist die Frage, ob die Grundsätze, welche das R. R. für das Veräusserungsverbot von Sachen ausgebildet hat, in analoger Weise auf das Veräusserungsverbot von Forderungen angewendet werden können.

Ursprünglich erachtete man das pactum de non alienando als einem wesentlichen Bestandteile des Eigenthumsbegriffes — dem jus alienandi — widersprechend, für nichtig, [1]) eine spätere Entwickelung hat aber dem durch die Weiterveräusserung einer Sache geschädigten Constituenten eine persönliche Klage auf das nachweisliche Interesse gegeben. [2]) Hierauf fussend erklärt auch der oberste Gerichtshof zu München [3]) die einem vertragsmässigen Veräusserungsverbote zuwiderlaufende Veräusserung keineswegs für nichtig, sondern giebt nur eine persönliche Klage gegen den Veräusserer auf Rückgabe oder auf das Interesse oder auf Zahlung der verabredeten Strafe.

Eine Uebertragung der hier entwickelten Grundsätze des sachenrechtlichen pactum de non alienando auf das Gebiet des Obligationenrechts wird freilich von denjenigen nicht zugelassen, welche der Ansicht der vollen Wirksamkeit des pactum de non cedendo vertreten.

„Dass die Grundsätze des Sachenrechts nicht ohne weiteres auf die rechtliche Gestaltung der Forderungen zu übertragen seien", ist, wie es in dieser Allgemeinheit das O. A. G. zu Celle [4]) ausspricht, richtig, warum aber das Veräusserungsverbot mit seinen Wirkungen nicht auch analog auf das Cessionsverbot ausgedehnt werden können, ist aus den Ausführungen des besagten Erkentnisses nicht ersichtlich.

Selbst Stegemann (l. c. S. 321) begnügt sich damit, zu constatieren, dass die Sache, ein existentes Ding, „etwas

[1]) l. 61 D. pactis $2_{,14}$: Nemo pasciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat aut ne vicino invito praedium alienet.

[2]) l. 21 § 5 D. de act. emt. vend. $19_{,1}$: Sed et si ita fundum vendidero, ut nulli alii eum quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est si alii vendideris. Desgl. l. 135 § 5 D. $45_{,1}$. l. 9 C. de pact. int. empt. $4_{,54}$. l. 7 C. de reb. al. $4_{,51}$.

[3]) Erk. v. 28. Mai 1877. Seuff. Arch. B. 33 S. 201.

[4]) Erk. v. 3. Oct. 1883, Seuff. Arch. Bd. 39 Nr. 96.

Anderes sei, als die Forderung, die erst geschaffen werden müsse."

Gewiss ist die Forderung etwas Anderes als die Sache, wenn wir sie vom rein römisch-rechtlichen Standpunkte[1]) aus betrachten; nach diesem war, wie schon erwähnt, die Forderung so eng mit dem Gläubiger verbunden, dass sie einer Uebertragung überhaupt nicht fähig war, während das römische dominium mit seinem Rechte der Weiterbegebung dem damaligen Verkehr mit Sachen nur förderlich sein konnte.[2]) Wollten wir jedoch schon deshalb die Analogie des pactum de non alienando verwerfen, so müssten wir erst die rechtsgeschichtliche Entwicklung des modernen Instituts der Cession, sowie die jetzt in Bezug auf die Obligation herrschenden Rechtsprincipien negieren. Diese aber führen zu einem anderen Resultate.

War schon in der Kaiserzeit der Grund zur freien Uebertragung der Forderung gelegt worden, so ist nach der späteren Ausbildung der Cession, besonders hervorgerufen durch die Bedürfnisse des modernen Handelsverkehrs, das vom Cessionar erlangte Recht als ein selbständiges, seiner Verfügung ebenso wie das Recht an einer Sache unterworfenes anzusehen.[3]) Der *Tradition* auf sachenrechtlichem Gebiete entspricht durchaus die *Cession* im Gebiete des Obligationenrechts; die Funktionen beider sind die gleichen, nämlich die Uebertragung von Vermögensrechten.[4]) Partikularrechte z. B. das A. L. R. sprechen

---

[1]) Dass übrigens die Trennung von obligatio und res auch in den Quellen keine so scharfe war, zeigt Gains (II § 84), worin der Rechtssatz, dass Zahlung an den Unmündigen keine Befreiung des Zahlenden bewirke, damit erklärt wird: „quia nullam *obligationem* pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius *rei* alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est."

[2]) Treffend vergleicht Bähr (l. c. S. 353) das *römische* Eigentum mit einem lebenden Tiere, das sich frei am Boden bewegt, während die römische Obligation mit einer Pflanze vergleichbar erscheint, welche an der Stelle, wo sie entstanden, lebt und stirbt.

[3]) cfr. Erk. des O. A. G. zu Dresden vom 17. September 1861 (Dresdener Annalen Bd. IV S. 466.

[4]) Quod operatur *traditio* in rebus corporalibus, illud operatur *cessio* in istis rebus incorporalibus (Bartolus ad c. 1 de O. et A.)

Auch bei Donellus com. XV. c. 44 § 8 wird die Cession nach den Grundsätzen der Eigentumsübertragung behandelt: Ut ceterae res, quae

sogar direkt vom „Eigentum an einer Forderung“, [1]) so dass nach ihnen Tradition und Cession in gleicher Weise zur Eigentumsübertragung dienen.

Sodann ist das wechselseitige Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, das im römischen Recht der Gestaltung der Obligation zu Grunde gelegt wurde, im modernen Rechtsverkehr etwas unwesentliches, untergeordnetes geworden. Die Obligation ist in ihre zwei Teile, Forderung und Schuld, [2]) aufgelöst worden. Die Forderung ist ein selbständiger, übertragbarer Vermögensbestandteil des Gläubigers und als solcher im allgemeinen derselben Rechtsschicksale fähig, wie die Sache. [3]) Diese Versachenrechtlichung der Forderungen zeigt sich insbesondere, wenn die Forderung mit einem Papier verknüpft ist, wie bei den Inhaber- und Ordrepapieren. [4]) Bei diesen Wertpapieren, bei denen die Uebertragung der Forderung durch Uebereignung des Papiers geschieht, betrachtet man die für die Succession massgebenden Regeln als „Rechtssätze über den Erwerb von Forderungen, welche jedoch, weil sie das Papiereigentum normieren, in sachenrechtlichem Gewande erscheinen.“ [5])

Sintenis (l. c. S. 811 Anm. 31) freilich ist noch so sehr von der römisch-rechtlichen Anschauung des Obligationsbegriffes befangen, dass er eine an eine bestimmte Person als Gläubiger geknüpfte Forderung deshalb nicht auf einen Anderen übergehen lässt, weil „der Inhalt der Forderung nur für den

---

sunt in bonis, voluntate domini transferri possunt eaque voluntas rata est: sic jure fit, ut actiones, quae semel nostrae esse coeperint, eadem voluntate in alium transferantur, quoad earum natura pati potest: nam et hae sunt in bonis.

[1]) Diese Bezeichnung ist nach Bähr (l. c. S. 401) nicht einmal unrömisch, da auch die Römer den procurator als dominus litis, d. h. als Eigentümer der Prozessobligation bezeichneten.

[2]) „Sondernachfolge in Forderung und Schuld“ s. Buch II Abschn. I Titel IV der Entw. a. d. Bürgerl. Gsb.

[3]) Nach A. L. R. I 2 § 1 heisst alles das Sache, was Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit sein kann.

[4]) Diese werden auch in mehrfachen Bestimmungen des H. G. B. den Sachen und Waren, weil sie von denselben Grundsätzen beherrscht werden, gleichgestellt, so Art. 67, 271, 273, 309, 313.

[5]) cfr. Brunner, l. c. II, S. 163.

Gläubiger bestimmt sei.“ Wie aber, wenn der Cessus bei einer dennoch geschehenen Cession dem Cessionar Zahlung leistet? Dass dieselbe gültig sei, wird wohl Niemand bezweifeln. Dann aber wird man daraus doch etwas mehr zu ersehen haben als eine „stillschweigende Zustimmung des Schuldners zur Aufhebung des Cessionsverbotes“, wie dies Sintenis annimmt.

Des weiteren gehen die Vertreter der Ansicht, dass eine gegen den Vertrag vorgenommene Cession unter allen Umständen nichtig sei, von dem auch in den Quellen [1]) begründeten Satze aus, dass der Wille der Paziszenten insofern der entscheidende Faktor bei Begründung einer Forderung sei, als er dieser die rechtliche Gestaltung zu geben vermag. Sie meinen dadurch, dass der eine Contrahent erklärte, nur seinem Gläubiger zu leisten, jedem anderen aber die Leistung zu verweigern, der Gläubiger andererseits sich verpflichtete, keine Cession vorzunehmen, sei die Forderung von vornherein als eine nicht cessible begründet worden. „Die Forderung“, sagt Windscheid, [2]) „wird nicht zuerst als eine veräusserliche geschaffen und dann eine neue Bestimmung getroffen, welche ihr diese Eigenschaft nehmen soll; sondern es wird von vornherein der Macht des Gläubigers die Grenze gesetzt, dass nur er von dem Schuldner Leistung fordern dürfe.“

Dass der übereinstimmende Wille der Constituenten als das allein den Inhalt eines Rechtsverhältnisses Bestimmende zu respektieren sei, kann nicht bestritten werden, namentlich nicht, wenn es sich nur um das Verhältnis zwischen den beiden Contrahenten handelt. Würde z. B. der Gläubiger im Wege der Feststellungsklage den Schuldner zur Anerkennung seiner Cessionsbefugnis nötigen wollen, so würde ihm das pactum de non cedendo aus dem angegebenen Grunde entgegenstehen.

---

[1]) legem enim contractus dedit (l. 23 D. de reg jur. 50_{17}) quamvis obligationem causae pactione possint immutare (l. 27 D. eod) — — — contractus enim legem ex conventione accipiunt (l. 1 § 6 D. dep. vel contr. 16_{5}.)

[2]) Pand. § 335 Anm. 5. — Auf seine Ausführungen stützt sich auch das O. L. G. zu Celle, welches in dem Erk. vom 3. Oct. 1883 für die Wirksamkeit des Cessionsverbots eintritt, desgl. Stegemann l. c. S. 316 u. a.

Allein das Argument, dass die Forderung von vornherein durch den Willen der Partei als eine uncessible geschaffen wird, ja dass überhaupt durch ein Veräusserungsverbot der Inhalt der Forderung irgendwie berührt wird, ist nicht zutreffend.

Die Theorie, dass die Veräusserungsbefugnis des Eigentümers zum Inhalt des Eigentums gehöre, also ein wesentlicher Bestandteil desselben sei, wird von einigen Schriftstellern [1]) zunächst nur beim Eigentum, höchstens noch bei der Emphyteuse und Superficies verteidigt, während sie andere in consequenter Weise auch auf andere veräusserliche Rechte ausdehnen. So lehrt Brinz (2. Aufl. I., S. 241): „Kann nur der Eigentümer das Eigentum veräussern und ebenso nur der Gläubiger cedieren, so wird es wohl das Eigentum und das Forderungsrecht selbst sein, aus dem die Veräusserungs- und Cessionsmacht hervorgeht."

Zahlreiche Argumente, wie sie in scharfsinniger und überzeugender Weise, Thon (S. 327 ff.) zusammengetragen hat, sprechen gegen die Ansicht, die Veräusserungsbefugnis zum Inhalte eines Rechtes zu zählen.

Zunächst ist aus einem rein logischen Grunde festzustellen, dass der Träger eines an und für sich übertragbaren Rechts [2]) dasselbe kraft der ihm selbst, nicht aber seinem Rechte einwohnenden Macht überträgt. Denn das Eigentum wird durch die Veräusserung übertragen, ist also das Objekt der Veräusserung. Demnach muss auch die Befugnis, welche das Eigentum überträgt, ausserhalb desselben liegen, weil das, was übertragen wird, nicht auch das sein kann, was überträgt.

Dass das Eigentum nie der Grund für die Uebertragsmacht sein kann, ergiebt sich ferner aus den zahlreichen

---

[1]) cfr. Windscheid Pand.: § 167. Sintenis: § 47. Puchta: § 145. Gerber: Deutsch. Privatrecht, § 81 (Ueberschrift). Bürkel: Krit. Vierteljahrzeitschr. XI. S. 217: „Wo der Berechtigte veräussern kann, gehört diese Befugnis zum Inhalt des Rechts."

[2]) Natürlich kann es sich nur um solche handeln, da unveräusserliche Rechte jedem Veräusserungsversuche ein durch die Rechtsordnung selbst geschaffenes, unüberwindliches Hindernis entgegenstellen (cfr. Thon S. 328).

Fällen, in denen das Eigentumsrecht und die Verfügungsmacht von einander scharf getrennt sind.[1])

So bleiben z. B. dem Verschwender, welchem die Dispositionsbefugniss über sein Vermögen entzogen ist, seine Rechte, die gegenwärtigen, wie die noch zu erwerbenden, ungeschmälert. Was ihm genommen wird, ist nur die äusserliche, rechtliche Macht, über seine Rechte, deren Inhalt stets derselbe bleibt, zu verfügen. Und umgekehrt hat der Vormund, wenn auch innerhalb der gesetzlichen Schranken, die Befugnis, das Vermögen seines Mündels zu veräussern und über dessen Rechte zu verfügen, ohne Eigentümer des Mündelguts zu sein.

Erwägen wir ferner, dass — abgesehen von den handelsrechtlichen Bestimmungen der Art. 306/307 — auch der Pfandgläubiger an der ihm verpfändeten Sache durch Verkauf Eigentum überträgt, ohne selbst Eigentümer zu sein, ferner, dass es das Vorrecht des Regenten und seiner Gemahlin war, durch Veräusserung auch ihnen nicht gehöriger Sachen dem Erwerber Eigentum zu verschaffen, so kommen wir zum Schlusse, dass das Eigentum nicht regelrecht Voraussetzung der Veräusserungsbefugnis ist, geschweige denn als Grund und Quelle derselben anzusehen ist.

Der Veräusserung unter Lebenden entspricht die Verfügung von Todeswegen — das Testieren. Hierbei ist es denkbar, dass der Testator über Vermögensobjekte verfügt, obgleich ihm solche zur Zeit des Testierens, ja oft nicht einmal zur Zeit seines Todes, gehören. Zwar bleibt das Testament ohne praktischen Wert, wenn er vor seinem Tode kein Vermögen erwirbt. Ist ihm solches aber nachträglich zugefallen, so wird man nicht zweifeln, dass nunmehr die frühere Verfügung ihre Wirksamkeit äussert. Was gab, so frägt Thon mit Recht, hier dem Testator die Macht, über seine Rechte und Sachen zu verfügen? Auch hier konnte ihm das Eigentum über die Sachen, die sich in seinem Nachlasse fanden, dieses Recht nicht geben, da sie ihm zur Zeit der Verfügung nicht zu eigen waren.

[1]) Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit alienare possit (Gai II. § 62).

Daraus ergiebt sich, dass die Befugnis, über die einzelnen Rechte zu verfügen, nicht zum Inhalt derselben gehört.[1]) Was wir von den Rechten im allgemeinen nachgewiesen zu haben glauben, das gilt besonders von den Forderungsrechten. Die Uebertragbarkeit des Forderungsrechts[2]) kann nicht ein Teil seines Inhalts sein und ein Verbot der Uebertragung kann demgemäss auch nicht den Inhalt der Forderung, sondern nur das äussere Rechtsschicksal einer bei ihrer Entstehung in sich abgeschlossenen, inhaltlich vollendeten Forderung berühren. Und daher kann man wohl von einem „Forderungs-Veräusserungsverbot" reden, im Gegensatz zu Windscheid (§ 335 Anm. 5), der von vornherein eine unveräusserliche Forderung entstehen lässt und deshalb diesen Ausdruck nicht gelten lassen will. Denn spricht man überhaupt von der Unveräusserlichkeit einer Forderung, so setzt man doch schon voraus, dass eine Forderung, also ein bereits fertiges Rechtsgebilde vorhanden ist, dem man jene Schranken hinzufügt.

IV.

§ 6. Dass übrigens die bisher widerlegte Auffassung von der von vornherein uncessiblen Forderung nicht haltbar ist, ergiebt sich sofort, wenn das pactum de non cedendo nicht *bei* Begründung sondern erst während des Bestehens der Forderung, also Wochen oder Monate *nach* der Begründung abgeschlossen wird. Sollen für diesen dem Normalfalle ganz gleich gearteten Falle andere Regeln aufgestellt werden, oder soll, um auch hier die Ansicht aufrecht zu erhalten, die bestehende Forderung untergehen, an ihrer Stelle eine mit dem Veräusserungsverbot bereits behaftete neue Forderung entstehen und somit für die letztere die einschneidenden Wirkungen der Novation eintreten?

[1]) Auch die Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 unterscheidet in den §§ 11, 54, 73, 102 „zwischen Beschränkungen des Eigentums und des Verfügungsrechts des Eigentümers." Wären diese Ausdrücke identisch, so würde sich das Gesetz durch das Nebeneinanderstellen derselben einer Tautologie schuldig machen, was wohl kaum anzunehmen ist (cfr. Gruchot l. c. S. 478, Förster l. c. III, 107, 115. — Entsch. d. R. G., VIII, S. 251/52.

[2]) „Der Name", meint Thon (S. 327), „sagt hier deutlich, worin das Recht einzig besteht."

Diese Fragen sind in Wirklichkeit Gegenstand einer eingehenden Erörterung Attenhofers.

Uebereinstimmend mit dem Art. 183 des Schweizerischen O. R., den er zum Ausgangspunkt seiner Ausführungen macht, tritt Attenhofer für die Wirksamkeit des Cessionsverbots ein, wenn es bei Begründung der Forderung geschlossen wird, verteidigt aber den entgegengesetzten Standpunkt für den Fall, dass das pactum erst nach Begründung der Forderung erfolgt sei. Diese Unterscheidung motiviert Attenhofer (S. 274 ff.) unter Berufung auf Windscheid, damit, dass in dem ersten Falle, in welchem von vornherein eine nicht cessible Forderung existent würde, von einem Veräusserungsverbote keine Rede sein könne, im zweiten Falle aber einer schon längst bestehenden Forderung ein Veräusserungsverbot hinzugefügt würde, das dem pactum de non alienando analog und deshalb auf eine dennoch erfolgte Cession ohne Einfluss sei. Falls aber das pactum de non cedendo dem Schuldtitel unmittelbar nachgetragen werde, so erscheine diese Vereinbarung nicht als eine nachträgliche; hier habe sich unzweifelhaft eine Novation vollzogen, so dass an die Stelle der alten Forderung eine neue, schon durch das Veräusserungsverbot beschränkte Forderung getreten sei, welche nach den Regeln des Cessionsverbots bei Begründung der Forderung zu behandeln sei.

Warum Attenhofer einen solchen Gegensatz der Grundsätze für die Wirksamkeit des Cessionsverbots bei und nach der Begründung der Forderung aufstellt, ist aus seiner Darstellung nicht recht ersichtlich; denn ganz abgesehen davon, dass dieser Artikel [1]) — nach dem eigenen Zeugnisse Attenhofers (S. 267) — vom „Standpunkt der grammatikalischen Interpretation eine solche Unterscheidung durchaus nicht zulässt, ist nicht einzusehen, warum der Wille der Constituenten, der doch die Kraft haben soll, eine von vornherein nicht cessible Forderung erstehen zu lassen, nicht auch so wirkungsvoll sein kann, einer schon bestehenden Forderung die Cessions-

[1]) Art. 183 des Schweiz. Obl. R.: „Der Gläubiger kann die ihm zustehende Forderung auch ohne Einwilligung des Schuldners an einen Anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder die besondere Natur des Rechtsverhältnisses eine Ausnahme begründen."

fähigkeit wirksam zu benehmen. Ist dies aber der Fall, und es ist nicht zu zweifeln, dass Windscheid diese Folge auch bei dem nachträglich errichteten pactum de non cedendo eintreten lassen will, so ersehen wir daraus, dass das Cessionsverbot garnicht den Inhalt der Forderung als solche betrifft, sondern nur dem Träger des Forderungsrechts die Veräusserungsbefugnis benehmen will.

V.

§ 7. Im bisherigen Verlaufe unsrer Darstellung waren wir von der Voraussetzung ausgegangen, dass der Cessionar ohne Kenntnis des pactum de non cedendo die Forderung übernommen hat. Grade diese bona fides hat auf das Resultat unsrer bisherigen Erörterung, dass nämlich eine gegen das Cessionsverbot vorgenommene Cession giltig sei, wesentlich eingewirkt, da das öffentliche Interesse einen solchen Schutz für den gutgläubigen Cessionar und mithin auch für den ganzen Handel mit Forderungen erheischte (cfr. S. 11/12.)

Es fragt sich, ob das gewonnene Resultat eine Abänderung erleidet, wenn der Cessionar bei Erwerb der Forderung das Cessionsverbot gekannt hat, insbesondere, wenn dasselbe aus dem ihm übergebenen Schuldinstrument ersichtlich gewesen ist.[1])

Seuffert (l. c. S. 109) nimmt an, dass der Cessionar — mag er vom Cessionsverbote Kenntnis haben oder nicht — dasselbe ignoriren könne, „weil es die Cession zu hemmen doch nicht imstande sei."

Diese Annahme entspricht weder dem Rechte noch dem allgemeinen Billigkeitsgefühl. Dem Schuldner wird die exceptio doli dem klagenden Cessionar gegenüber nicht zu versagen sein, wenn dieser, insbesondere aus einer Schuldurkunde, sichere Kenntnis von der zwischen Gläubiger und Schuldner getroffenen Vereinbarung erhält. Denn der Cessionar hat sowohl in der Zeit, in der er die Forderung vom Cedenten übernimmt, als auch dann, wenn er sie gegen den Cessus geltend macht, die Ueberzeugung, dass er diesem gegenüber

[1]) Diese Frage dürfte besonders für das Preuss. Recht praktisch werden, welches nach A. L. R. I 5, § 131 bei jedem, ein Objekt über 150 Mark übersteigenden Rechtsgeschäft Schriftlichkeit erfordert.

ein Unrecht begeht [1]) und gegen den guten Glauben handelt; damit sind aber auch die Bedingungen für die exceptio doli gegeben. „Seine eigene Arglist", meint Regelsberger (l. c. S. 179) mit vollem Rechte, „ist es, welche dem Cessionar schadet."

Hiermit erledigt sich auch die vielfach erörterte Streitfrage, ob dem Schuldner die exceptio doli aus der eigenen Person des Cessionars oder aus der des Cedenten gegeben sei. Denn wenn sich der Cedent auch eines groben Vertragsbruchs schuldig macht und gegen seinen Schuldner dolose handelt, so können wir doch nach den Quellen keineswegs den Cessionar für den Dolus des Cedenten [2]) verantwortlich machen:

> l. 4, § 27 D. de dol. mal. exc. 44,4 Ulpianus: De auctoris dolo exceptio emptori non obicitur.

Allerdings bezieht sich dieser Satz in den Quellen nur auf dringliche Rechtsverhältnisse und deshalb trägt das O. L. G. zu Celle in dem schon erwähnten Erk. (cfr. S. 18 Anm.) Bedenken, ihn auch auf cedierte Forderungen zu übertragen. Diese Bedenken kann man aber nur dann teilen, wenn man sich, wie das Erkenntnis, auf den schon mehrfach gekennzeichneten Standpunkt Frankes (l. c. S. 431) stellt. Nach ihm muss dem Cessionar, der ja doch „nur die Obligation des Cedenten" verfolgt, auch stets eine doli exceptio aus den Handlungen des Cedenten opponiert werden können. Folgerichtig müsste man dann die exceptio doli — und zwar die aus der Person des Cedenten — dem Cessionar entgegengesetzten, auch wenn dieser im guten Glauben die Forderung erworben, eine Auffassung, die unserer Darstellung, wie den Quellen [3]) widerspricht. Denn stets ist hier in Uebereinstimmung mit den neueren Schriftstellern hervorgehoben worden, dass der Cessionar

---

[1]) . . . . . dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit (l. 2, § 5 D. de dol. mal. exc. 44,4).

[2]) Nach d. Erk. des O. A. G. zu Dresden vom 17. Sept. 1861 kann die exceptio doli gegen den Cedenten selbst garnicht zur Existenz kommen, da sie nur aus dem Akte der Cession ihren Ursprung herleitet (Dresdner Annalen Bd. IV).

[3]) Dolus auctoris bonae fidei emptori non nocere certi juris est (l. 3 C. de peric. et com. rei vind. 4,48).

als selbständiger Eigentümer der Forderung (cfr. Anm. 1, S. 17) seine Klage aus eigenem Recht geltend macht und dass er demgemäss wie der Eigentümer einer Sache den Dolus seines Autors nicht zu vertreten habe.

Auch Schmid [1]) unterwirft den Cessionar einer exceptio doli aus seiner eigenen Person, unterscheidet jedoch, ob der Cession ein lukrativer oder ein oneroser Titel zu Grunde gelegt ist. Im ersten Falle wird dem Cessus selbst unter der Voraussetzung der bona fides des Cessionars die exceptio doli gegeben, bei entgeltlichem Erwerb der Forderung jedoch versagt. Diese Scheidung findet wohl eine gewisse Berechtigung in den Quellen selbst, [2]) in welchen dem Vindikanten einer Sache, falls er dieselbe durch Vermächtnis oder Schenkung, also titulo lucrativo, erworben, einer exceptio doli entgegengestellt wird. Mag man nun wirklich die genannte lex auf Forderungen ausdehnen [3]) oder sie mit Windscheid (actio l. c. S. 185, Anm. 12) nur auf dingliche Ansprüche beschränken, jedenfalls entbehrt die Ansicht, dass bei einer Cession titulo oneroso dem Cessionar die exceptio doli entgegengehalten werden könne, falls der Dolus auf die Entstehung der Forderung selbst Einfluss gehabt habe, jeder gesetzlichen Begründung. [4])

§ 8. Als Resultat der bisherigen Untersuchung ergiebt sich:

„Die einer zwischen Gläubiger und Schuldner getroffenen

---

[1]) S. 394 l. c.: „Das pactum de non cedendo unterwirft den Cessionar nur aus seiner eigenen Person einer exceptio doli, sofern er entweder bei lucrativem Titel den Dolus des Vorgängers zu vertreten ablehnt oder bei onerosem Titel an des Vorgängers Dolus teilgenommen hat.

[2]) l. 4 § 29 D. de dol. mal. exc. 44_4. Ulpianus: Si quis autem ex causa legati vindicet aut is, cui ex causa donationis res praestita est, vindicet, an de dolo malo exceptionem patiatur ex causa eius in cuius locum successerit? Et magis putat Pomponius summovendum et ego puto exceptione eos esse repellendos, cum lucrativam causam sint nacti.

[3]) Auch Regelsberger (l. c. S. 180) scheint die Uebertragung der in dieser lex behandelten Grundsätze auf Forderungen bedenklich, obgleich er die Cession als „quasi dinglichen Vorgang" bezeichnet.

[4]) cfr. Entsch. d. O. A. G. zu Lübeck (Seuff. Arch. V, No. 11) und Seuffert l. c. S. 109.

Vereinbarung zuwider vorgenommene Cession besteht zu Recht; der Cessionar ist, wenn er ohne Kenntnis vom bestehenden Veräusserungsverbot die Forderung übernommen hat, befugt, dieselbe gegen den Schuldner geltend zu machen. Das Veräusserungsverbot wirkt nur obligatorisch, d. h. der Schuldner ist berechtigt, vom Cedenten für erlittenen Schaden vollen Ersatz zu beanspruchen, sofern ihn nicht eine schon vorher festgesetzte Conventionalstrafe schadlos hält. Gegen den mala fide handelnden Cessionar, der, besonders aus einer bei Begründung der Forderung aufgenommenen Schuldurkunde, sichere Kenntnis vom bestehenden Veräusserungsverbote erhält, steht dem Schuldner die doli exceptio aus der Person des Klägers zu."

Mit dem hier festgestellten Resultate stimmt namentlich Seuffert in seiner mehrfach erwähnten Abhandlung überein. Seine Ausführungen weichen von den unsrigen nur insoweit ab, als er dem verklagten Schuldner in keinem Falle dem Cessionar gegenüber eine exceptio doli einräumen will.

Dies thut jedoch unter gegebenen Verhältnissen Schmid, der im Uebrigen für die Unwirksamkeit eines pactum de non cedendo eintritt, denn führt er (l. c. S. 394) aus, „das pactum de non alienando äussert bei der Uebertragung von Forderungseigentum keine andere Wirkungen, als bei der Uebertragung von Sacheigentum, beschränkt vielmehr dort wie hier den Berechtigten auf persönliche Ansprüche gegen den verpflichteten Veräusserer und unterwirft demgemäss dem Cessionar nur aus seiner eigenen Person einer exceptio doli."

Nach Förster (l. c. S. 663/64) ist der Schuldner dann zur Zahlung an den Cessionar nicht verpflichtet, wenn diesem beim Erwerb der Forderung das pactum de non cedendo bekannt war, falls dieses nicht „wegen gänzlich mangelnder Nützlichkeit als unverbindlich angefochten werden könne."

Von den Erkenntnissen, in denen von den obersten Gerichtshöfen unsere Frage nach den hier behandelten Grundsätzen praktisch gelöst wurde, haben einige im Laufe der Darstellung Erwähnung gefunden, so das Erk.[1]) des O. A. G. zu Dresden vom 17. Sept. 1861 und das Erk.[2]) des O. A. G. zu Lübeck

[1]) Dresdener Annalen Bd. IV S. 466, cfr. S. 16, Anm. 3 u. 24, Anm. 2.
[2]) Seufferts Archiv Bd. V No. 11, cfr. S. 7, Anm. u. 25, Anm. 4.

vom 29. Novbr. 1834. Im letzteren wird auf die Analogie des pactum de non alienando wenig Gewicht gelegt, desto mehr auf folgenden, dem unsrigen nur wenig ähnlichen Fall:

Eine Cession ist gültig, auch wenn der Gläubiger schon vorher dieselbe Forderung einem Andern cediert hatte. In der zuerst vorgenommenen Cession liegt nämlich — nach den Ausführungen des Erkenntnisses — stillschweigend ein Versprechen, die Forderung an keinen Andern zu cedieren. Eine Uebertragung der Rechtsregel dieser zwischen Gläubiger und Gläubiger vorgenommenen Vereinbarung auf unseren Fall, in dem es sich um eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner handelt, ist gewiss unzutreffend.[1])

Im Uebrigen spricht sich auch dieses Erkenntnis für die Unwirksamkeit des pactum de non cedendo aus, sofern es dem Cessionar unbekannt war.

Auch das O. G. zu Wolfenbüttel[2]) gestattet aus dem vertragsmässigen Ausschluss der Cession eine Einrede gegen den Cessionar in diesem Sinne, während in weitgehender Consequenz das O. L. G. zu Celle (Erk. vom 1. März 1881) dem pactum de non cedendo selbst dem Cessionar gegenüber keine Bedeutung beilegt, welcher von dem Cessionsverbote Kenntnis hatte.

Ihren vollständigen Ausdruck aber haben die hier entwickelten Prinzipien ausser im Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzb. für das Deutsche Reich noch in dem preuss. E. E. G. vom 5. Mai 1872 gefunden und zwar in Bezug auf die Beschränkungen des eingetragenen Gläubigers in der Verfügung über Hypotheken und Grundschulden, die doch auch nur Forderungen repräsentieren.

Nach § 38 Abs. 3 schadet der Mangel des Verfügungsrechts des eingetragenen Autors dem Erwerber einer Hypothek oder Grundschuld nicht und Einreden in diesem Sinne sind gegen ihn unzulässig. Ergänzend tritt dazu der § 49 Abs. 1[3])

---

[1]) cfr. d. Erk. v. O. A. G. zu Celle in Seufferts Archiv Bd. XXXVI, S. 147.

[2]) Erk. v. 22. November 1872. Seufferts Arch. Bd. XXX, No. 136.

[3]) cfr. Entsch. des Reichsgerichts Bd. VII, S. 253 — Bd. XIV, S. 99 — Bd. XV, S. 267.

nach welchem derartige Beschränkungen gegen einen Dritten nur Rechtswirkung erlangen, wenn ihm diese beim Erwerb seines Rechts am Grundstücke bekannt waren. Dies wird aber präsumiert, wenn er aus den betreffenden Urkunden von den Beschränkungen Kenntnis erhielt, bei Hypotheken aus dem Grundbuche selbst, bei Grundschulden aus dem Vermerke im Grundschuldbuche.

Lebenslauf.

Verfasser wurde als jüngster Sohn des Kaufmanns Emil Schlesinger und seiner Ehefrau Fanni geb. Holländer am 12. Dezember 1865 zu Ober-Glogau (Schlesien) geboren und bekennt sich zur mosaischen Konfession. Er besuchte das Gymnasium zu Leobschütz, das er Ostern 1887 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Auf den Universitäten zu Berlin und Freiburg i. B. widmete er sich sodann juristischen und volkswirtschaftlichen Studien, bestand am 14. November 1891 zu Erlangen das Doktorexamen cum laude und am 27. Januar 1892 das Referendariatsexamen in Berlin.

Während seines Studiums besuchte er die Vorlesungen folgender Herren Professoren:

Aegidi, Bernstein, Brunner, Dambach, Dernburg, Eck, Falk, v. Gneist, Goldschmidt, Grimm, Hoeniger, Kohler, Meitzen, Rosin (Freiburg), Erich Schmidt, Wagner, Zeller.